Die Voraussetzungen des Abhandenkommens von Sachen im Sinne des § 935 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Eduard Koenig
Gerichtsreferendar aus Rölsdorf

Marburg 1930

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig
1930

Von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
als Dissertation am 23. Mai 1930 angenommen

Berichterstatter: Herr Geh. Justizrat Professor Dr. Manigk

Meinem Vater
und dem Andenken meiner Mutter
gewidmet!

Inhalt.

Literatur.

Albrecht, Die Gewere. Königsberg 1828.
Aravantinos, Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung. In Iherings Jahrbüchern Bd. 48 S. 101 ff.
Biermann, Sachenrecht. 3. Aufl. 1914.
Binding, Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer. Leipzig 1908.
Breit, Die Geschäftsfähigkeit. 1. Hälfte. Leipzig 1903.
Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Tübingen 1910.
Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II. 4. Aufl. 1904.
Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1. Hälfte. 7./8. Aufl. 1924.
Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. III: Sachenrecht. 1905.
Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1. Hälfte. 30. bis 40. Aufl. 1928.
Fuld, Zum Mobiliarerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht. In Archiv für Zivil. Praxis Bd. 89 S. 402 ff.
Gierke, O., Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht. 1897.
— Deutsches Privatrecht. Bd. II: Sachenrecht. 1905.
Goldschmidt, L., Handbuch des Handelsrechts. Bd. II. 1875.
v. Hahn, Fried., Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1875.
Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. 1897.
Heusler, Die Gewere. Weimar 1872.
Huber, Die Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht. Bern 1894.
Jeroschewitz, Vertretung bei der Fahrnisübereignung. Königsberger Diss. 1920.
Klein, P., Anzeigepflicht im Schuldrecht. Berlin 1908.
— (zit.: Klein), Die Rechtshandlungen im engeren Sinne. München 1912.
Koban, Haben auf eigene Gefahr als Grund des Eigentumserwerbs vom Scheinberechtigten. 1910.

Kuhlenbeck, Das BGB. für das Deutsche Reich. Bd. II. Berlin 1903.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (zit.: L.Z.).
Manigk (zit.: I), Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte. Breslau 1901.
— (zit.: II), Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
— (zit. III), Irrtum und Auslegung. Berlin 1918.
— (zit.: IV), Rechtshandlungen. Im Handwörterbuch der Rechtswissenschaften Bd. IV, 1927.
— (zit.: V), Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen. In Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 1929, Bd. IV S. 94 ff.
Meister, Fahrnisverfolgung und Unterschlagung im deutschen Recht. Leipzig 1913.
Merk, Die Entwicklung der Fahrnisverfolgung im französischen Recht. In Rheinische Zeitschrift 7. Jahrg. Heft I u. II.
Meyer, H. (zit.: I), Entwerung und Eigentum. Jena 1902.
— (zit.: II), Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht. München 1909.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II u. III.
Neubecker, Erwerb vom Nichteigentümer. In Goldtammers Archiv Bd. 55.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann (zit.: O.L.G.).
Oertmann in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 74 S. 581.
Planck (Brodmann), Sachenrecht. 4. Aufl. 1920.
Planitz, Grundzüge des Deutschen Privatrechts. Berlin 1925.
Rauch, Spurfolge und Anefang. 1908.
Reichsgericht, Gesammelte Entscheidungen in Zivilsachen. (zit.: RG.)
Schultze, Gerüfte und Marktkauf. Breslau 1905.
Staub, Kommentar zum HGB. 12./13. Aufl. Bd. III 1926.
Staudinger (Kober), Kommentar zum BGB., Sachenrecht. 9. Aufl. 1926.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des BGB. Bd. II, 1. u. 2. Hälfte, 1914.
Wolff, M., Sachenrecht. 7. Bearbeitung. 1927.
Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. I. Teil. 1889.
Zycha in Zeitschrift für Schweizer. Recht Bd. 44 S. 74 ff.

I. Zur Einleitung.

§ 1.

Die Aufgabe.

Im Rahmen der Vorschriften der §§ 932 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches kann der Erwerber auch dann Eigentum an der Fahrnis erlangen, wenn der Veräußerer weder Eigentümer noch verfügungsberechtigter Nichteigentümer war. Der in diesen Vorschriften enthaltene Grundsatz des gutgläubigen Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer wird durchbrochen durch die Bestimmungen des § 935 BGB.; dann nämlich, wenn die Sache „gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen" ist[1]).

Die Voraussetzungen der letztgenannten Eigenschaften zu untersuchen und die Fälle klarzulegen, in denen Fahrnis wegen jener Eigenschaften nicht gutgläubig erworben werden kann, ist unsere Aufgabe.

Im folgenden ist daher grundsätzlich nur die Rede von beweglichen Sachen, auf welche allein sich § 935 BGB. bezieht.

Da es sich ferner um die Auslegung einer Gesetzesstelle handelt, so bleibt im Rahmen dieser Schrift kein Raum zur Erörterung von Fragen etwa über „Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer in ihrer Ausgestaltung durch BGB. § 932 und § 935"[2]) und dergleichen. Wir haben vielmehr nur zu untersuchen, wie das Gesetz diese Frage geregelt hat und wie die gesetzliche Norm auszulegen ist.

---

[1]) Die Sonderregelung, die das Gesetz für Geld oder Inhaberpapiere oder für im Wege öffentlicher Versteigerung veräußerte Sachen getroffen hat, soll und kann in dieser Abhandlung unberücksichtigt bleiben.

[2]) So Binding a. a. O. sowie die Besprechungen dieser Schrift von Koban a. a. O. und Neubecker a. a. O.

Bevor wir in die eigentliche Besprechung eintreten, sei zu der Einteilung des Stoffes folgendes bemerkt: Das Abhandenkommen ist ein Makel, welcher — wenn er einmal einer Sache anhaftet — auf dieser ruht, und welcher — um mit Cosack[3]) zu reden — die Sache zugunsten ihres Eigentümers mit einem Bann belegt, unter dem sie auch in der Hand aller späteren noch so gutgläubigen Besitzer bleibt. Das Abhandenkommen ist somit ein objektiver Begriff.

Wenn im folgenden von objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Abhandenkommens die Rede ist, so soll sich das erstere auf die rein tatsächlichen („mechanischen") Vorgänge bei der Fahrnisübertragung beziehen, während durch das Wort subjektiv die Beziehung der Sache zu dem Berechtigten, demgegenüber die Sache abhanden gekommen ist, angedeutet werden soll.

§ 2.

Die geschichtlichen Unterlagen des § 935 BGB.

Der Gedanke, auch vom nichtberechtigten Nichteigentümer Eigentum unter Umständen erwerben zu können, also der Leitgedanke der §§ 932 ff. BGB., stammt weder aus dem römischen noch aus dem germanischen Recht.

Im römischen Recht war bekanntlich der Begriff des Eigentums voll entwickelt und wurde unumschränkt durchgeführt. Ein nichtverfügungsberechtigter Nichteigentümer konnte niemand das Eigentum an einer Sache derivativ verschaffen, so daß der Eigentümer — sehen wir einmal von den Fällen der Ersitzung ab — gegen jeden Besitzer vindizieren, d. h. Herausgabe des Besitzes verlangen konnte. Den Klaggrund bildete das dingliche Recht, das Eigentum.

Dem germanischen Recht war die dingliche Eigentumsklage, was heute allgemein anerkannt ist, gänzlich unbekannt[1]). Dagegen gab es im germanischen Recht eine Klage um durch Raub oder Diebstahl ent-

---

[3]) Lehrbuch Bd. 2, 4. Aufl. S. 122 (§ 198 IV 2 a).

[1]) Siehe Heusler a. a. O.; Huber a. a. O.; Gierke, DPrR. II §§ 113, 134; Meyer I S. 28 ff.; derselbe II S. 19; Schultze S. 10 ff.; Rauch § 3; endlich Meister a. a. O. (im Gegensatz zu Albrecht a. a. O. und Zycha S. 104 ff.).

werte Fahrnis. Diese Klage hatte ursprünglich rein deliktischen Charakter. Sie war noch in der fränkischen Periode in erster Linie Strafklage. Erst später entwickelte sie sich allmählich aus einer Strafklage zur reipersekutorischen (Zivil-) Klage [2]). Da jedoch in primitiven Zeiten der Unterschied zwischen gestohlenen und verlorenen Sachen nicht so groß war, wie er es heute ist, so ist es begreiflich, daß man schon im frühen Mittelalter die Klage um entwerte Fahrnis auch dann zuließ, wenn die Sache bloß verloren gegangen war [3]). Damit verlor die Klage ihren ursprünglich deliktischen Charakter. Sie wurde unter weiterer Änderung des Verfahrens zu einer allgemeinen zivilistischen Klage auf Herausgabe abhanden gekommener Sachen.

Die Folge der Tatsache, daß es im germanischen Recht keine dingliche Klage gab, und daß eine sonstige Klage auf Herausgabe einer Fahrnis nur in obigen Fällen des unfreiwilligen Besitzverlustes gegeben war, ist notwendigerweise das, was die mittelalterlichen Rechtssprichwörter „Hand wahre Hand" [4]), „Wo du deinen Glauben gelassen hast, da mußt du ihn suchen" [5]) besagen. Ein Beispiel soll zur Erläuterung dienen: Hatte A dem B eine Sache anvertraut, und veruntreute B die Sache z. B. durch unbefugte Veräußerung an C, so gab es für A keine Klage gegen C [6]); wohl aber hatte A einen obligatorischen Anspruch gegen B aus Innenverhältnis, doch versagte dieser Anspruch gegen Dritte. Der Dritte wurde zwar nicht Eigentümer, er erlangte jedoch einen dem wahren Berechtigten (A) gegenüber unanfechtbaren Besitz (die Gewere) [7]). Das ist der Inhalt des Satzes „Hand wahre Hand" [8]).

---

[2]) Hierzu und zum folgenden Meyer II S. 18 ff.

[3]) Planitz a. a. O. S. 75.

[4]) Wie v. Richthofen S. 67 Anm. 17 mitteilt, begegnet uns dieser Satz erstmalig in c. 17 der 24 friesischen Landrechte.

[5]) Planitz S. 74 I 1 a. E. Der Sinn dieser Sprichwörter wird vielfach mißverstanden. Siehe dazu zutreffend Meister S. 7 ff. mit Angaben.

[6]) Planitz S. 74; gänzlich unbestritten. Grund: das deutsche Recht kannte ursprünglich nur die eine Klage; diese ist aber in obigem Falle nicht gegeben, denn weder dem A noch dem B war die Sache abhanden gekommen.

[7]) Dies ist wiederum gänzlich unbestritten, siehe Meister S. 5.

[8]) Man hat vielfach versucht, dieser Erscheinung eine rechtspolitische innere Erklärung zu geben (insbes. Meyer I u. II mit Angaben). Von einer Stellungnahme ist aber in diesem Zusammenhange Abstand zu nehmen.

Weder im römischen noch im germanischen Recht findet sich die Regelung, die heute in den §§ 932 ff. BGB. ihren gesetzlichen Ausdruck gefunden hat: Das römische Recht kennt einen originären Eigentumserwerb kraft guten Glaubens (in der Ersitzung); das germanische Recht kennt derivativen unanfechtbaren Besitzerwerb vom Nichtberechtigten (Hand wahre Hand). Unser heutiges Recht stellt also eine Vermischung des geschichtlich Gewordenen und Schaffung eines Neuen dar [9]).

Das schließt nicht aus, daß einzelne Gedanken des einen oder anderen Rechtsgebietes, dem veränderten Rahmen angepaßt, wiederkehren. Soweit ein solcher Gedanke im germanischen Recht seine Wurzel findet, ist daher die deutsche Rechtsgeschichte zu seiner Auslegung heranzuziehen. Doch ist im Hinblick auf die wesentliche Umgestaltung des gesamten Rechtskomplexes die Geschichte nur mit aller Vorsicht bei der Auslegung zu verwerten.

Der Grundgedanke des § 935 BGB. ist der: Der Erwerber einer z. B. gestohlenen Sache soll daran weder Eigentum noch sonstigen „unanfechtbaren" Besitz erlangen. Das erinnert nicht nur an die germanische Rechtsauffassung, sondern läßt sich auch rechtsgeschichtlich auf die deutschrechtliche Klage um entwerte Fahrnis zurückführen: Als das germanische Recht — so wie wir es oben sahen — durch die Rezeption des römischen Rechts in seiner Anwendung völlig zurückgedrängt war, spielte auch die Klage um entwerte Fahrnis nur noch in unbedeutenden Partikularrechten eine bescheidene Rolle. Sie war ja infolge der rei vindicatio fast überflüssig. Erst mit dem Emporblühen der deutschen Partikularrechte im späteren Mittelalter kamen auch deutsch-rechtliche Grundsätze wieder zur Geltung. Es ist nun interessant zu sehen, welchen Einfluß das gemeine römische Recht auf die weitere Entwicklung der alten germanischen Rechtsgedanken ausübte. Dazu darf daran erinnert werden, daß im römischen Recht die möglichst absolute Erhaltung und Sicherung des Eigentums gegen jeden unfreiwilligen Verlust als Grundsatz galt: Ubi meam rem invenio, ibi vindico. Einen Schutz bot dem redlichen Erwerber nur die Ersitzung, die außer Gutgläubigkeit mehrjährigen Eigen-

---

[9]) Der Satz, daß der Erwerber selbst Eigentümer wird, findet sich allgemein erst im alten Handelsgesetzbuch (Art. 306).

besitz voraussetzte. Nun hat zweifellos die Ersitzung mit dem Erwerbe vom Nichtberechtigten etwas gemeinsam: Letzterer Erwerb erscheint geradezu als Ersitzung ohne Ersitzungsfrist. Sie hat weiterhin den Vorteil, daß der Erwerber nicht nur unanfechtbaren Besitz, sondern auch das Eigentum an der „ersessenen" Sache erlangt. Was Wunder also, daß man auch im deutschen Recht gewohnheitsrechtlich zum Erwerb vom Nichtberechtigten Gutgläubigkeit des Erwerbers voraussetzte, dem Erwerber dann aber auch Eigentum zusprach. Im Hinblick auf die Redlichkeit des Verkehrs und die Verkehrssicherheit kann man dies als einen fruchtbaren Einfluß des römischen Rechts auf germanische Rechtsgedanken bezeichnen. Auf diese Weise sind aber derartig verschiedene Anschauungen miteinander verschmolzen, daß man das Produkt als etwas Neues anzusprechen hat.

Diese Regelung findet sich auch im BGB., und zwar in den §§ 932 ff. Der Grundsatz der §§ 932 ff. BGB. ist jedoch in § 935 durchbrochen, indem er keine Anwendung findet, wenn dem Eigentümer bzw. dem mittelbaren Besitzer die Sache gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen ist. Hier hat sich im Prinzip der germanisch-rechtliche Gedanke wieder eingefunden, welcher der Klage um entwerte Fahrnis zugrunde lag: Die Möglichkeit des Bestohlenen, selbst aus der Hand gutgläubiger Dritter wieder in den Besitz „seiner" Fahrnis zu gelangen[10].

Die Durchführung dieses Gedankens führt in vielen Fällen zu Härten, weshalb man ihn wiederholt bekämpft hat[11]. Zunächst suchte man die Härten durch Gewährung eines Lösungsanspruches wieder auszugleichen[12].

Dieser Lösungsanspruch ist jedoch wieder fallengelassen in Artikel 306 des alten Handelsgesetzbuches, das in vielen Fällen als Schrittmacher des Bürgerlichen Gesetzbuches angesehen wird; so mit Recht auch hier: Der Artikel 306 AHGB. bildet den unmittelbaren Vorläufer der §§ 932 ff. BGB. In dessen Absatz 1 wird bestimmt, daß ein Gutgläubiger auch an solchen Sachen Eigentum erwerben kann, die dem Veräußerer nicht ge-

---

10) Vgl. auch § 1007 BGB.

11) Z. B. Koban a. a. O.

12) Vgl. Gierke, D.PrR. a. a. O. S. 562.

hören. Ausgenommen sind hiervon in Absatz 4 Sachen, die „gestohlen oder verloren" waren. Letzteres in engster Anlehnung an die Voraussetzungen der deutsch-rechtlichen Klage um entwerte Fahrnis.

Daß aber die Fälle des Stehlens und Verlierens nicht die einzigen waren, die den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten ausschlossen, darüber bestanden nie Zweifel. Doch gab es schon in der handelsrechtlichen Literatur über die Abgrenzung im einzelnen heftigen Streit[13]).

§ 3.

Die Fassung des Gesetzes.

„Um eine gewisse Unbestimmtheit zu beseitigen", wie es in den Motiven heißt[1]), suchte man für das Bürgerliche Gesetzbuch „die wegen ihrer Konkretheit und Gemeingebräuchlichkeit sich empfehlende Ausdrucksweise des alten HGB. mit der prinzipiell richtigen zu verbinden". So kam es zu der Fassung des § 935 BGB., in welchem von „gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen" die Rede ist.

Damit ist aber die gewisse Unbestimmtheit, welche die Kommission in der Fassung des alten HGB. sah, keineswegs beseitigt. Der Begriff des Abhandenkommens hat etwas Orakelhaftes an sich, wie das Rätselraten deutlich zeigt, das bald nach dem Bekanntwerden des Gesetzestextes einsetzte.

Noch heute, nach weiteren 30 Jahren, kann von einer allgemeinherrschenden Ansicht über die Voraussetzungen des Abhandenkommens nicht die Rede sein. Der tiefere Grund liegt in der Unsicherheit, von der unsere gesamte Besitzlehre ergriffen ist. Denn mit dieser ist die Frage des Abhandenkommens aufs engste verknüpft. Es fehlt insbesondere bisher in der Literatur an einer geschlossenen speziellen Durcharbeitung der mit § 935 BGB. zusammenhängenden Fragen[2]). Im folgenden

[13]) Siehe Goldschmidt a. a. O. § 80; v. Hahn a. a. O. S. 148 ff. mit Angaaben.

[1]) Motive Bd. 3 S. 348.

[2]) Die großen Kommentare z. B. bringen die Probleme nicht nur an verschiedenen Stellen, sondern betrachten sie teilweise sogar auch von verschiedenen Gesichtspunkten aus, wie später noch gezeigt werden wird. Es fehlt

soll einmal versucht werden, durch eine umfassende, wenn auch der Klarheit wegen möglichst knappe, Besprechung der vorhandenen Probleme zu einheitlichen Ergebnissen zu kommen.

II. Die „objektiven" Voraussetzungen.

§ 4.

Unfreiwilliger Besitzverlust.

Wie das Gesetz in § 935 Abs. 1 deutlich sagt, fällt das Stehlen und Verlieren unter den Oberbegriff des Abhandenkommens. Das läßt wiederum einen Rückschluß auf den Begriff des Abhandenkommens zu.

Wann eine Sache „gestohlen" ist, sagt § 242 Strafgesetzbuch. Damit ist nicht gesagt, daß der strafrechtliche Tatbestand des Diebstahls vorliegen muß, um eine Sache zu einer „gestohlenen" im Sinne des § 935 BGB. und damit zugleich zu einer abhanden gekommenen zu stempeln[1]). Eine Sache, die ein Geisteskranker dem Besitzer entwendet, ist ebensogut gestohlen im Sinne des § 935 BGB., wie wenn es ein Zurechnungsfähiger getan hätte. (Das ist gänzlich unbestritten.) Als charakteristisch für das Stehlen im Sinne des § 935 BGB. erscheint das Fortnehmen einer Sache durch einen anderen als den Besitzer gegen bzw. ohne dessen Willen. (Das ist auch das, was die Germanen unter „Raub oder Diebstahl" in diesem Zusammenhange verstanden.)

Hingegen versteht man unter „verlorenen" Sachen solche, die ohne das Zutun und ohne den Willen des Berechtigten aus dessen Besitz gelangt sind[2]).

Es handelt sich also in beiden Fällen um Sachen, die — sei es mit oder ohne Zutun eines anderen — ohne den Willen des Besitzers aus dessen Besitz gekommen sind. Mit Recht hat daher die gesamte Literatur und Praxis den Verlust der Inhabung ohne den Willen des In-

---

u. E. an der nötigen Einheitlichkeit bei der Untersuchung. Dies sagt Planck Bem. 2 zu § 935 selbst: „Namentlich herrscht auch in der methodischen Behandlung der Frage keine Sicherheit."

[1]) So auch Kober bei Staudinger zu § 935 Bem. I 2 a γ.

[2]) Cosack Bd. II 1 § 17 III 2 a β.

habers als prinzipielle Voraussetzung des Abhandenkommens angesehen[3]). In der Tat erscheint auch uns diese Eigenschaft maßgebend dafür zu sein, ob eine Sache abhanden gekommen ist oder nicht.

Nicht auf die wissentliche, sondern auf die willentliche Aufgabe kommt es an: bei Raub z. B. ist die Aufgabe zwar wissentlich, aber nicht willentlich. Unsere nächste Aufgabe muß es daher sein festzustellen, wann eine Sache mit und wann sie ohne den Willen des Berechtigten in den Verkehr gelangt ist.

Dabei entsteht die Vorfrage, was versteht unser Recht unter dem Besitzaufgabe- oder -übertragungswillen? Erst wenn wir das festgestellt haben, können wir prüfen, ob ein solcher im gegebenen Falle vorliegt oder nicht.

§ 5.

Rechtliche Natur des Besitzübertragungswillens.

Die Rechtsnatur des Besitzübertragungswillens ist nicht unbestritten. Praktische Gründe führen dazu, die Rechtsnatur dieses Willens gemeinsam mit der des Besitzerwerbswillens zu untersuchen[1]). Denn beide sind auf der Begründung bzw. Aufgabe der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache gerichtet, also auf tatsächliche Verhältnisse. Weil der Besitzwille auf etwas Tatsächliches und nicht auf Rechtsfolgen gerichtet ist, wird mit Recht überwiegend die Auffassung vertreten, daß dieser Wille nicht rechtsgeschäftlicher Natur ist[2]). Wenn auch oft im Einzelfalle die Kontrahenten bei der Besitzübertragung die neuen Rechtsfolgen im Auge haben, so ist das dennoch kein Argument für ihre rechtsgeschäftliche Natur. Es kommt hier auf die legalen Erfordernisse des Tatbestandes des Besitzerwerbs an und diesem genügt es, wenn der Wille lediglich auf tatsächliche Wirkungen gerichtet ist. Die Rechtsfolgen aber, der Besitzerwerb

---

[3]) Goldschmidt S. 821; v. Hahn zu Art. 306; Fuld S. 403; Staudinger zu § 935 I 2 b β mit weiteren Angaben; RG. 1 S. 255.

[1]) Dabei kann die Streitfrage, ob zum Besitzerwerb ein Erwerbswille überhaupt erforderlich ist, außer acht gelassen werden; ist einmal im konkreten Falle ein Erwerbswille vorhanden, so hat er, was seine rechtliche Natur anbetrifft, Grundlegendes mit dem Besitzübertragungswillen gemeinsam.

[2]) So schon Manigk I S. 200 ff., vor allem in II S. 654 ff., 691 ff.; siehe auch Wolff § 11 I mit Angaben und Klein S. 20.

als Rechtsverhältnis, der Besitzschutz des Erwerbers (§ 859 BGB.), knüpfen sich rein ex lege an den Tatbestand an. Das gilt nicht nur für den beim Besitzerwerb getätigten Erwerbswillen, sondern muß auch für den Besitzaufgabe- bzw. Übertragungswillen des Vorbesitzers gelten; denn dieser ist lediglich in seiner praktischen Richtung dem anderen entgegengesetzt[3]). War z. B. beim Vorbesitzer der Wille vorhanden, daß X die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangen soll, und hat X die tatsächliche Gewalt erworben, so sagt das Gesetz, daß in diesem Falle keine verbotene Eigenmacht vorliegt (§ 858 BGB.). Der Besitzaufgabe- bzw. Erwerbswille braucht sich nur auf etwas Tatsächliches zu beziehen. Seiner Äußerung fehlt die der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung eigentümliche notwendige Richtung auf einen Rechtserfolg[4]). Es handelt sich daher hier nicht um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern um eine Rechtshandlung im engeren Sinne.

Dabei ist es gleichgültig für die rechtliche Beschaffenheit jenes Willens, ob es sich um Besitzübertragung durch körperliche Übergabe handelt (§ 854 Abs. 1 BGB.) oder um Besitzübergang auf Grund einer „Einigung" (§ 854 Abs. 2 BGB.). Das wird zwar von vielen Schriftstellern geleugnet[5]), jedoch zu Unrecht. Es besteht nach richtiger Auffassung[6]) kein für die vorliegende Frage erheblicher Wesensunterschied zwischen der Übergabe von Hand zu Hand und dem Erwerb nach § 854 Abs. 2 BGB. Beide Erwerbsarten bilden lediglich „die beiden Extreme, zwischen denen in langsamen Übergangsstufen das körperlich-räumliche Gewaltverhältnis immer mehr sich verflüchtigt und dafür das Willens-

---

[3]) Dabei gehen wir stillschweigend davon aus, daß es sich bei der Äußerung des Besitzübertragungswillens um eine einheitliche Erklärung handelt. Besitzübertragung bedeutet Besitzaufgabe zugunsten eines anderen, also eine bedingte Besitzaufgabe, nicht aber eine generelle Besitzaufgabe und daneben eine Art Verfügung, die den Besitz einem anderen verschafft. Gegen solchen Dualismus des Besitzwillens überzeugend Aravantinos S. 163 ff., insbes. S. 170.

[4]) Darüber ausführlich Manigk II S. 34 ff., 64 ff., 189 ff., III S. 103 ff., 175 ff., IV S. 150.

[5]) Wolff § 11 II mit Literaturangaben bei N. 7.

[6]) So auch Bruns S. 65 ff.; Manigk I S. 200 f.; derselbe II S. 660 ff.; Klein S. 100 ff.

element immer deutlicher in den Vordergrund rückt"[7]). Solange das körperlich-räumliche Verhältnis des Erwerbers zur Sache nicht dergestalt ist, daß die Verkehrsauffassung dem Erwerber Besitz zuspricht[8]), verlangt das Gesetz in § 854 Abs. 2 BGB. gleichsam als Äquivalent für die mangelnde Erkennbarkeit aus naheliegenden Gründen ausdrücklich das Vorliegen der „Einigung"[9]). Sie bedeutet aber nichts anderes als das Übereinstimmen des Besitzaufgabewillens des Vorbesitzers mit dem Besitzerwerbswillen des neuen Besitzers. Bei beiden Willen genügt die Richtung auf das körperlich-räumliche Gewaltverhältnis, also auf etwas Tatsächliches. Schon die Existenz dieser Willensrichtungen vermag das neue Besitzverhältnis herbeizuführen. Die Rechtswirkungen treten nicht als Folge einer darauf gerichteten Absicht der Parteien ein, sondern weil das Gesetz die durch die Einigung geschaffene Herrschaftsmöglichkeit als hinreichenden Tatbestand ansieht, an den sich die Rechtsfolgen ex lege knüpfen[10]). Wir haben es also auch bei den in der Einigung des § 854 Abs. 2 BGB. enthaltenen Willen nicht um solche von rechtsgeschäftlicher Natur zu tun, sondern um Rechtshandlungen i. e. S.

§ 6.

Kritik der Literatur.

Die Literatur gelangt bei der Behandlung dieser Frage zum Teil zu unhaltbaren Ergebnissen: Der in § 858 BGB. ausdrücklich erwähnte Wille des Vorbesitzers ist gewiß kein anderer als der oben besprochene Besitzübertragungswille; es ist der Wille des Vorbesitzers, der bei der Besitzübertragung den Übergang des Gewaltverhältnisses begleitet bzw. herbeiführt. Während er zur Begründung des neuen Besitzverhältnisses nur in dem extremen Fall des § 854 Abs. 2 BGB. erforderlich ist, ist er stets notwendig, damit der neue Besitz nicht „fehlerhaft" im Sinne des § 858 BGB. wird.

---

7) Bruns S. 66.

8) Vgl. Wolff § 5 III.

9) Vgl. dazu Bruns S. 91 ff.

10) Dies speziell gegen Planck Bem. 3 a zu § 854, der zwar die Beweisführung Manigks (II S. 661) für die hier vorgetragene Ansicht nicht zu widerlegen vermag, dennoch aber entgegengesetzter Ansicht bleibt.

Nun behauptet z. B. M. Wolff[1]) einerseits, daß der Besitzwille des Vorbesitzers in § 854 Abs. 2, der doch zusammen mit dem Besitzerwerbswillen die Einigung ausmacht, rechtsgeschäftlicher Natur sei, während er anderseits sagt, der in § 858 erwähnte Wille sei nichtrechtsgeschäftlichen Charakters[2]). Ebenso Kober[3]), Brodmann[4]). Das kann vom Standpunkt der Gegner aus u. E. nur darin seine Erklärung finden, daß sie neben dem eigentlichen Besitzaufgabewillen etwa noch einen besonderen Zustimmungswillen im Sinne des § 858 BGB. annehmen. Das wird zwar nirgends behauptet, müßte auch abgelehnt werden, weil es undurchführbar ist. Wenn nämlich A einmal seinen Willen dahin äußert, daß ein anderer an seiner Sache Besitz erwerben soll, so liegt darin notwendigerweise auch die Zustimmung des A zum Besitzerwerb des anderen. Es handelt sich in beiden Fällen um ein und denselben einheitlichen Willen, der zugleich die Zustimmung enthält. Er ist entweder Rechtserfolgswille oder lediglich natürlicher Wille, der in der Rechtshandlung der Besitzübertragung aufgeht. Eine unterschiedliche rechtliche Behandlung erscheint hier unmöglich. Die obigen Auffassungen sind unhaltbar. Nachdem einmal die vorgenannten Schriftsteller festgestellt haben, daß der Wille in § 858 BGB. („Zustimmung") nichtrechtsgeschäftlicher Natur ist, müßten sie aus diesem Grunde das gleiche für die in der „Einigung" in § 854 Abs. 2 BGB. enthaltenen Willen folgern.

In der entgegenstehenden Literatur werden die ausführlichen Darlegungen Manigks und Bruns u. E. nicht genügend beachtet, und es wird immer noch an der alten Auffassung, die Einigung in § 854 sei ein Rechtsgeschäft, festgehalten. Stichhaltige Gründe werden dafür nirgends erwähnt. Brodmann sagt z. B.[5]), daß die Einigung im Falle des § 854 Abs. 2 BGB. „weitergehender Bedeutung sei als in dem Falle, in dem sich der konsensuale Besitzwechsel durch sofortige Ausübung der Gewalt seitens des Erwerbers vollzieht". Das ist zwar nicht zu leugnen, doch begründet es keineswegs eine wesensverschiedene Be-

[1]) a. a. O. § 11 II.

[2]) a. a. O. § 17 I 1.

[3]) Zu § 854 Bem. 2 b bzw. § 858 Bem. 3 b.

[4]) Zu § 854 Bem. 3 a bzw. § 858 Bem. 1 a.

[5]) Bei Planck III zu § 854 Bem. 3 a.

handlung dieser nur quantitativ bzw., wie Planck sagt, an Bedeutung sich unterscheidenden Willen. In Wahrheit stößt sich Planck wie die anderen lediglich an dem Wort „Einigung". Das geht aus seinen weiteren Ausführungen hervor: „Geht man davon aus, daß die sachenrechtliche Einigung Rechtsgeschäft und Vertrag ist, so wird man auch von der Besitzübertragung nach Abs. 2 das gleiche gelten lassen müssen." Darin aber liegt der Fehler. Das Übereinstimmen des Wortes „Einigung" in § 854 Abs. 2 mit dem terminus technicus „Einigung" im Sinne von Konsens bei sachenrechtlichen Verträgen, z. B. in § 929 BGB., ist Zufall. Der terminus technicus der Einigung im letzteren engen Sinne hat sich erst im Anschluß an die Praxis des BGB. gebildet, keinesfalls aber darf dem Gesetzgeber eine Identifizierung der beiden Begriffe unterstellt werden [6]). Einigung im Sinne von § 854 Abs. 2 BGB. bedeutet lediglich Übereinstimmung der geäußerten Willensrichtungen der beiden Kontrahenten. Der in der Einigung enthaltene Wille des Vorbesitzers ist der vorbesprochene Besitzübertragungswille (wie in § 858 BGB.). Der damit übereinstimmende Wille des Besitzerwerbers ist der nichtrechtsgeschäftliche Besitzerwerbswille. Die Harmonie beider Willen nennt das Gesetz „Einigung", wodurch die Rechtsnatur dieser einzelnen Willen nicht berührt wird.

Wir bleiben also dabei, daß der Besitzübertragungswille, dessen Vorhandensein erforderlich ist, um eine erworbene Sache dem Vorbesitzer gegenüber nicht als abhanden gekommen anzusehen, keinen rechtsgeschäftlichen Charakter hat; weder im Falle des § 854 Abs. 1 noch des Abs. 2. Seine Äußerung ist keine Willenserklärung im rechtsgeschäftlichen Sinne. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Geschäftsfähigkeit, Anfechtbarkeit, Bedingung, Stellvertretung usw., die sich auf Rechtsgeschäfte beziehen, finden auf den Besitzübertragungswillen keine direkte Anwendung.

§ 7.

Grundsätzliche rechtliche Behandlung dieses Willens.

Wenn auch eine unmittelbare Anwendung der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte auf den Besitzübertragungswillen nicht möglich ist, so

---

[6]) Vgl. die Ausführungen Manigk I S. 201.

bleibt zu prüfen, ob und inwieweit eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften zulässig ist.

Aus der Feststellung allein, daß der Besitzübertragungswille nicht rechtsgeschäftlicher Natur ist, sondern daß er den Akt der Kategorie der Rechtshandlungen i. e. S. zuweist, läßt sich obige Frage nicht beantworten. Zählen doch zu diesen Rechtshandlungen i. e. S. die verschiedensten Handlungen, die eine gleichmäßige rechtliche Behandlung im Hinblick auf ihre Wesensverschiedenheit nicht erfahren können. Wir haben daher zunächst zu prüfen, zu welcher Gruppe von Rechtshandlungen i. e. S. wir den Besitzaufgabewillen zu rechnen haben.

Gehen wir von der bewährten Einteilung Manigks[1][2] in drei Gruppen[3] aus, so fällt es nicht schwer, den Besitzübertragungswillen von den ersten beiden Gruppen, den rein äußeren und den mit inneren Tatsachen verknüpften Handlungen zu trennen. Es bleibt lediglich die dritte Gruppe, zu der die Vorstellungs- und Willensmitteilungen gehören. Unter letzteren versteht man solche Mitteilungen, denen die Kundgebung eines Willensinhaltes seitens eines Subjektes an ein anderes wesentlich ist[4]. Da der Besitzübertragungswille die Kenntnis des Erwerbers vom Willen des Übertragenden vermitteln soll, von dem Willen, daß der Besitzwechsel eintrete oder nicht, so ist er im Sinne der obigen Einteilung als Willensmitteilung anzusehen.

Die Mitteilungen heben sich insofern von den übrigen Rechtshandlungen i. e. S. ab, als sie den Rechtsgeschäften nahestehen[5]. Daher ist eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte auf den Besitzübertragungswillen nicht grundsätzlich abzulehnen[6].

---

1) Manigk II S. 652; derselbe IV S. 669 zu I 5.

2) So auch Klein S. 26 f.

3) a) rein äußere, b) mit inneren Tatsachen verknüpfte Rechtshandlungen, c) Mitteilungen (1. Vorstellungs-, 2. Willensmitteilungen).

4) Manigk II S. 701.

5) Manigk II S. 701.

6) Grundsätzlich zustimmend Enneccerus I 1 S. 331; Klein S. 165 f. (im Gegensatz zu den rein äußeren Handlungen z. B., bei denen eine entsprechende Anwendung ausgeschlossen ist; so auch Enneccerus I 1 S. 333 mit Angaben).

Wenn wir nunmehr in die Einzeluntersuchung eintreten, welche Vorschriften etwa anzuwenden sind, so haben wir dabei besonders zu beachten, daß wir es hier nicht mit einer abstrakten Untersuchung des Besitzübertragungswillens zu tun haben. Unsere Untersuchung hat sich vielmehr im Rahmen des § 935 BGB. zu halten. Die Besitzübertragung steht hier in allen Fällen in Verbindung mit dem Eigentumsübergang[7]).

Daher bleiben die Fälle der reinen Besitzaufgabe in unserer Abhandlung unberührt. Forschungen auf diesem Gebiete müssen daher, da von anderen Verhältnissen ausgehend, zum Teil zu anderen Ergebnissen kommen. Es liegen insofern also keine Widersprüche vor, vielmehr mögen unsere Ausführungen sogar dazu angetan sein, die anderen zu ergänzen[8]).

Es ist ferner nicht Aufgabe unserer Untersuchung, die Voraussetzungen auf der Erwerberseite zu besprechen. Soweit es sich auch hier um Willensmitteilungen handelt, muß im Einzelfalle geprüft werden, ob ein Bedürfnis für die analoge Anwendung der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte gegeben ist. Vergleiche z. B. den Fall unten S. 15 Note 7).

§ 8.

Im Einzelnen.

1. Die Frage, ob der den Besitz freiwillig Aufgebende voll geschäftsfähig sein muß, damit die von ihm aufgegebene Sache nicht als abhanden gekommen gilt, hat die Literatur mehrfach beschäftigt. Dafür ist wohl Zitelmann[1]), ihm folgend Raape[2]), wenn auch aus dem Grunde, daß sie dem Besitzwillen rechtsgeschäftlichen Charakter zusprechen. Zu gleichem Ergebnis müßten auch die kommen, welche die Zustimmung des § 858 BGB. als Rechtsgeschäft auffassen. Im scharfen Widerspruch hierzu läßt Oertmann[3]) selbst Geschäftsunfähige zur fehlerfreien

[7]) Der Klarheit halber seien hier zunächst nur die Fälle untersucht, in denen der Eigentümer gleichzeitig auch die Inhabung inne hat.

[8]) Gedacht ist vornehmlich an die Untersuchungen Manigks I und II

[1]) Dogm. Jahrbücher Bd. 70 S. 24.

[2]) Dogm. Jahrbücher Bd. 71 S. 141.

[3]) In SeuffBl. Bd. 74 S. 580 ff.

Besitzaufgabe zu[4]). Am zahlreichsten vertreten sind Mittelmeinungen[5]); hierüber und hiergegen besonders Oertmann[6]). Wenn wir uns der Meinung derer anschließen, die volle Geschäftsfähigkeit verlangen, so geschieht dies allerdings aus anderen Gründen: Ausgehend von dem nichtrechtsgeschäftlichen Charakter des Besitzwillens, fordern wir analoge Anwendung der §§ 105 ff. BGB., weil dies notwendig erscheint, um den vom Gesetz sanktionierten Schutz der Minderjährigen vor Eigentumsverlust überhaupt wirksam durchzuführen. Könnte der Minderjährige, falls er die nötige Einsicht für sein Handeln hat, als Eigentümer fehlerfreien Besitz einem anderen übertragen, so könnte die Sache von einem Dritten gutgläubig zu Eigentum erworben werden, da ihr der Makel des Abhandenkommens nicht anhaften würde. Dadurch wäre es in seiner Endwirkung also möglich, die Vorschrift des Gesetzes zu umgehen, daß Minderjährige selbständig ihr Eigentum nicht, auch nicht zugunsten Gutgläubiger, aufgeben können. Es müssen daher die Vorschriften bezüglich der Geschäftsfähigkeit auf den Besitzaufgabewillen analog angewandt werden, damit das vom Gesetz Gewollte überhaupt praktisch durchgeführt werden kann.

Dagegen würde keine Veranlassung bestehen, diese Vorschriften auch auf den Besitzwillen des geschäftsunfähigen Erwerbers anzuwenden. Hier bleibt es vielmehr wie in den Fällen der reinen Besitzaufgabe: es können z. B. selbst sechsjährige Kinder auf Grund einer Einigung nach § 854 Abs. 2 Besitz erwerben[7]). Liegt eine solche Vereinbarung vor, so ist ein Abhandenkommen aus diesem Grunde nicht gegeben; denn die Einigung ist rechtswirksam.

2. Schwieriger erscheint die Frage, ob die Vorschriften über Willensmängel, insbesondere die §§ 119 ff. BGB.[8]), auch auf den Besitzauf-

---

[4]) Siehe auch Wolff § 17 I 4. Zutreffend Breit S. 254 ff.

[5]) Motive III S. 348; Staudinger zu § 935 Bem. 2 b β mit Angaben; Fuld S. 406; Dernburg § 103 Anm. 11; Gierke § 115 Anm. 80; RG. in LZ. 1924 Sp. 341; OLG. Hamburg in HansGZ. 1924 Bbl. 74 N. 24 N. 642.

[6]) Oertmann a. a. O.

[7]) Beispiel von Manigk II S. 696.

[8]) Darüber, daß § 105 Abs. 2 BGB. entsprechend anzuwenden ist, zutreffend Manigk IV S. 667. Was Mentalreservation, Simulation und Scherz angeht, so beziehe ich mich auf die zutreffenden Ausführungen bei

gabewillen entsprechend anwendbar sind. Wenn hier eine analoge Anwendung empfohlen wird, so geschieht das aus zwei Gründen:

1. erscheint sie geboten wegen der Ähnlichkeit dieser Art von Rechtshandlungen mit den Willenserklärungen[9];

2. spricht nichts Wesentliches gegen eine solche Anwendung, wie das Folgende zeigen soll.

Aravantinos spricht sich grundsätzlich für die Möglichkeit der Anfechtung bei der Besitzübertragung aus[10]. Er geht dabei jedoch von Voraussetzungen aus, denen wir nicht zu folgen vermögen. So sieht er in der „Einigung" bzw. in dem in der Einigung enthaltenen Willen einmal eine Rechtshandlung (soweit dieser sich nämlich auf den Besitzerwerb bezieht)[11], das andere Mal aber keine bloße Rechtshandlung (soweit er für die Qualifizierung der Gewalt rechtlich bedeutend ist)[12]. Abgesehen davon, daß es wohl unmöglich ist, ein Rechtsinstitut von der einen Seite aus als Rechtshandlung, von der anderen Seite aus als Rechtsgeschäft anzusehen, haben wir oben S. 8 ff. ausdrücklich festgestellt, daß rechtsgeschäftliche Elemente bei der Besitzübertragung nicht vorhanden sind. Mit Aravantinos gehen wir also nicht gemeinsam.

Eine heute weitverbreitete Lehre verneint die Anfechtungsmöglichkeit des Besitzübertragungswillens insbesondere mit Rücksicht auf die Verkehrssitte[13]. Es ist aber nicht so, als stünde hier die Zulässigkeit

---

Klein S. 168 f.: Mentalreservation ist schon rein begrifflich bei den Willensmitteilungen ausgeschlossen. Ein insgeheimer Vorbehalt ist also auch hier rechtlich bedeutungslos. Kennt aber der Empfänger den Vorbehalt, oder liegt ein Scheingeschäft vor oder erfolgt die Mitteilung erkennbar zum Scherz, so fehlt der erforderliche rechtlich erhebliche Wille, so daß keine Rechtsfolgen eintreten können. (Dabei ist zu beachten, daß es sich um die Besitzaufgabe handeln muß; erfolgt dagegen z. B. die Veräußerung zum Schein, und wird aus diesem Anlaß die Sache übergeben, so wird in der Regel trotzdem willentliche Besitzaufgabe vorliegen. So auch Staudinger zu § 935 I 2 b β).

9) So Enneccerus I 1 S. 331; Manigk II S. 701. Vgl. zum folgenden besonders Aravantinos a. a. O.

10) Aravantinos a. a. O.

11) a. a. O. S. 153.

12) a. a. O. S. 154.

13) Vgl. Staudinger § 935 I 2 b β; Staub vor § 366 Anm. 46 f.; Cosack 5. Aufl. § 190 I b; Biermann § 935 Bem. 3; RG. 101 S. 225 mit Angaben.

der Anfechtung einseitig auf Kosten der Verkehrssicherheit in Frage. Vielmehr kämpfen hier zwei entgegengesetzte Interessen miteinander, das soziale und das individuelle. Dennoch darf die Frage nicht so gestellt werden: welchen von beiden Interessen ist der Vorzug zu geben? Diese Problemstellung, welcher wir z. B. bei Aravantinos[14]) begegnen, und welche bei Binding[15]) eine hervorragende Rolle spielt, unterbindet das Gesetz. In § 935 BGB. hat dieses nun einmal zugunsten der individuellen Interessen gesprochen. Die Frage, ob man die Anfechtung zuläßt oder nicht, darf also nicht mehr von dem Ausgang obiger falscher Problemstellung abhängig gemacht werden.

Manigk[16])[17]) hält eine Anfechtung des Besitzaufgabewillens schon deshalb für unnötig, weil es praktisch regelmäßig nur darauf hinauskommen würde, die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit entweder der zugrunde liegenden causa oder der mit der Willensäußerung verbundenen Eigentumsübertragung zu prüfen. Weil letztere Rechtsgeschäfte sind, entständen dann im Falle der Anfechtung bzw. Nichtigkeit die petitorischen und possessorischen Herausgabeansprüche des Vorbesitzers, und eine besondere Anfechtung oder geltend zu machende Nichtigkeit der Besitzübertragung sei unnötig. Die ganze Frage büße daher schon an ihrer praktischen Brauchbarkeit ein. — Dem kann aber nicht zugestimmt werden; denn es ist außer acht gelassen, daß bei angefochtener Eigentumsübertragung der Erwerber dennoch als fehlerfreier Besitzer dem Veräußerer die Sache dadurch entziehen könnte, daß er sie einem Gutgläubiger zueignet. Das wäre aber unmöglich, wenn auch der Besitzübertragungswille des Veräußerers durch Anfechtung nichtig gemacht würde, und so die Sache als abhanden gekommen zu betrachten wäre.

Unnötig ist also die Prüfung dieser Frage keineswegs. Eine Anfechtung des Besitzübertragungswillens hat jedenfalls insofern etwas für sich, als dann der Anfechtungsberechtigte mehr Gewähr hat, die Sache auch zurückzuerhalten, weil sie nach erfolgter Anfechtung des Besitzübertragungswillens als abhanden gekommen gelten würde. Selbstverständ-

---

14) a. a. O. S. 175 ff.

15) a. a. O.

16) Manigk II S. 696/97.

17) Ihm schließt sich an Klein S. 102 f.

lich muß es sich, will man den Besitzübertragungswillen anfechten, um einen Mangel dieses Willens selbst handeln. Lediglich die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts oder des abstrakten Übereignungsgeschäfts genügt nicht, um die Sache zu einer abhanden gekommenen zu stempeln. Denn in der Anfechtung z. B. des abstrakten Übereignungsgeschäfts liegt nicht ohne weiteres auch die des Besitzübertragungsgeschäfts. Dadurch, daß der Wille zu übereignen durch Anfechtung fortgefallen ist, bleibt die Besitzübergabe doch noch eine willentliche. Es bedarf in diesen Fällen noch einer weiteren Anfechtung des Besitzübertragungswillens, um die Vitiosität des Besitzes herzustellen. Ein Beispiel soll dies erläutern: A wollte dem B lediglich den Besitz an einer Sache gemäß § 854 Abs. 2 BGB. verschaffen. Seine dem B gegenüber erfolgte Erklärung ist aber im gegebenen Falle so auszulegen, als habe er Eigentum übertragen wollen. Hat B diese Erklärung angenommen, so muß A, falls er den Irrtum wieder ausmerzen und für sich das Eigentum erhalten wissen will, seine Eigentumsübertragungserklärung anfechten. Hat er das getan, so braucht er dem B aber nicht nochmals fehlerfreien Besitz zu verschaffen; er könnte es auch gar nicht mehr. Der Besitz bleibt, ebenso wie seine Eigenschaft als fehlerfreier Besitz, von der Frage des Eigentumsübergangs unberührt, weil Eigentumsübertragung und Besitzübertragung zwei abstrakte, nebeneinanderliegende selbständige Dinge sind.

Wenn oben gesagt ist, daß die Zulässigkeit der entsprechenden Anwendung der Anfechtungsgrundsätze auf den Besitzübertragungswillen wegen der Ähnlichkeit der Willensmitteilungen mit den Willenserklärungen geboten erscheint, so treten wir damit der Auffassung von Enneccerus[18]) und Zitelmann[19]) bei, welche allgemein diese Art von Rechtshandlungen nach Analogie der Willenserklärungen behandelt wissen wollen, namentlich was Irrtum, Betrug, Zwang usw. anbetrifft. Auch das Reichsgericht erklärt in Entscheidung Bd. 94 S. 67 die Anfechtung einer Kursanzeige, also einer Willensmitteilung, für zulässig.

Während aus den bisherigen Ausführungen die Möglichkeit überhaupt, die Rechtssätze über die Anfechtung auf den Besitzübertragungs-

---

[18]) a. a. O. § 128 III 2.

[19]) a. a. O. S. 33 f.

willen anzuwenden, sowie die Gründe erhellen, die eine solche Anwendbarkeit befürworten, bestehen anderseits keine triftigen Bedenken gegen eine analoge Anwendung der Vorschriften über Willensmängel auf den Besitzübertragungswillen. Wenn nämlich dieser auch nicht auf Rechtsfolgen gerichtet ist, die mit der Anfechtung wegfallen würden, so muß er doch auf einen gewissen Sachverhalt gerichtet sein. An die Tatsache des Vorhandenseins dieses Willens knüpft das Gesetz alsdann bestimmte Rechtsfolgen. Weshalb sollen nun diese Rechtsfolgen nicht nachträglich entfallen können, sobald der Wille, ohne den die Rechtsfolgen nicht eintreten, als überhaupt nicht vorhanden gewesen betrachtet wird?

Wir sprechen uns nunmehr ausdrücklich für die Zulässigkeit der Anfechtung des Besitzaufgabewillens aus[20].

Viel besprochen ist in der Literatur der Fall der Verwechslung bei der Hingabe oder des eines sonstigen mit Willensfehlern behafteten Fortgebens[21]. Hier meint Planck[22], daß dem die Sache abhanden gekommen sei, der sich vergreift und eine andere Sache gibt, als er hat geben wollen; weil er eben nach Plancks vermutlicher Auffassung die Sache ohne seinen Willen hingegeben hat. Auch Biermann meint wie Planck: „Ist die Sache verwechselt worden, so fehlt dem Eigentümer der Besitzaufgabewille zweifellos." Er fährt dann aber fort: „Da indessen das BGB. auch hier nur Anfechtbarkeit annimmt, so wird auch dieser Fall den oben genannten gleichzustellen sein"[23] (gemeint sind Fälle, in denen Abhandenkommen nicht vorliegt). Mit diesem letzten Satze widerspricht Biermann der Planckschen Auffassung, weil diese ja zu entgegengesetztem Ergebnisse führt. M. E. gehen beide Auffassungen

[20]) Für die Zulässigkeit der Anfechtung wohl auch Goldschmidt a. a. O. S. 821.

[21]) Dazu Cosack 5. Aufl. § 190 I 1 b β.

[22]) a. a. O. zu § 935 Bem. 3.

[23]) Ähnlich auch Kober bei Staudinger zu § 935 Bem. I 2 b β: „So wird z. B. bei allen bloß anfechtbaren Rechtsgeschäften gleichwohl ein freiwilliges Fortgeben und nicht Abhandenkommen anzunehmen sein; dies folgt insbes. aus dem Begriff der Anfechtbarkeit, da hier vom Gesetz ein Übergabewille angenommen wird ..." uff.

von falschen Voraussetzungen aus: Der Verwechsler hat in dem Planckschen Beispiel die Sache mit seinem Willen hingegeben, er war sich lediglich der vollen Tragweite seines Tuns (einschließlich seines Willens) nicht bewußt. Sein Wille entsprach im entscheidenden Augenblick nicht dem, was er eigentlich vorhatte, doch war er immerhin einen Augenblick lang vorhanden und ist daher für die Frage des Abhandenkommens von ausschlaggebender Bedeutung.

Wenn Biermann zunächst feststellt, daß dem Eigentümer der Besitzaufgabewille „zweifellos" fehle, so ist aus seinen weiteren Ausführungen, die ja zu entgegengesetztem Ergebnis kommen, zu schließen, daß er auf Grund einer Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB. des Tuns des Verwechslers dazu kommt, das Vorliegen des Besitzaufgabewillens dennoch zu bejahen. Oder wie will man sonst die Stelle erklären: „Da indessen das BGB. auch hier nur Anfechtbarkeit annimmt, so wird auch" ... in diesem Falle ein Abhandenkommen nicht vorliegen? — Hier werden also Vorschriften über Rechtsgeschäfte auf den Besitzübertragungswillen (entsprechend) angewandt, während in gleichem Zusammenhang der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über Rechtsgeschäfte, insbesondere des § 119 BGB., widersprochen wird. Liegt hier nicht unbemerkt eine Inkonsequenz vor? Gehen wir von der hier vertretenen Ansicht aus, so ist der obige Fall Plancks dahin zu berichtigen, daß die Sache erst dann als abhanden gekommen anzusehen ist, wenn der Irrende seinen irrtümlich geäußerten Besitzübertragungswillen durch Anfechtung analog § 119 BGB. vernichtet hat.

Dagegen ist eine Anfechtung ausgeschlossen bei Vorliegen von physischem Zwang, weil hier gar kein eigener Wille des Handelnden vorhanden ist [24]). — Dahin gehören auch die Fälle des Verlustes durch Unachtsamkeit, Verlegen, Fallenlassen, Vergessen, Einwirken durch höhere Gewalt. Weitere Fälle bei Staudinger zu § 935 I 2 b β.

3. Will man prüfen, ob auch die Grundsätze der Stellvertretung, die §§ 164 ff. BGB., auf den Besitzübergabewillen entsprechend anzuwenden sind, so darf man von ähnlichen Voraussetzungen ausgehen wie bisher. Die Verwandtschaft des Besitzübertragungswillens zu den Rechts-

---

[24]) So ausdrücklich Goldschmidt S. 821. (Unbestritten!)

geschäften einerseits und, wie wir gleich sehen werden, das praktische Bedürfnis einer Stellvertretung bei diesem Willen anderseits sprechen für die sinngemäße Anwendung.

Um keine Mißverständnisse aufkommen zu lassen, sei noch ausdrücklich betont, daß hier von einer Stellevertretung im Besitz selbst nicht die Rede ist. Eine solche ist, wie heute auch allgemein anerkannt wird[26]), schon rein begrifflich ausgeschlossen.

Hier soll vielmehr untersucht werden, ob der Besitzübertragungswille eine Vertretung zuläßt oder nicht. Diese Frage ist für die des Abhandenkommens von größter Bedeutung.

Für die Fälle des § 854 Abs. 2 BGB. haben schon die Autoren, die, wie wir, von der nichtrechtsgeschäftlichen Natur der Einigung ausgehen, die analoge Anwendung der Grundsätze über die Stellvertretung befürwortet[27]), und zwar wegen der Verwandtschaft dieser Willensäußerungen mit den Rechtsgeschäften. Uns interessiert nicht, ob Stellvertretung auf beiden Seiten möglich ist, vielmehr nur auf seiten des Besitzaufgebenden. Insoweit schließen wir uns den oben genannten Autoren an, zumal keine Bedenken gegen eine solche Anwendung erkennbar sind.

Das gleiche muß aber auch für den zur fehlerfreien Besitzübertragung gemäß § 854 Abs. 1 BGB. erforderlichen Aufgabewillen gelten. So wird z. B. der Verkäufer in einem Laden bevollmächtigt sein, den Besitzübertragungswillen des Ladeninhabers zu äußern, vorausgesetzt allerdings, daß der Ladeninhaber noch Mitgewahrsam an den Sachen hat. (Über Fälle, in denen letzteres nicht mehr der Fall ist, siehe unten § 10, insbesondere S. 31.) Hier muß der Verkäufer sogar entsprechende Vollmacht haben, damit die von ihm veräußerten Waren dem Ladeninhaber gegenüber nicht als abhanden gekommen gelten. Oder sollte in diesen Fällen an sich stets verbotene Eigenmacht vorliegen, welche lediglich etwa infolge grundsätzlicher stillschweigender Genehmigung des Besitzers entfiele? Diese Konstruktion wäre doch zu unnatürlich. — Hierhin ge-

---

[26]) Manigk II S. 656; Jeroschewitz S. 90 ff.; Planck (Brodmann) zu § 854 Bem. 5 u. a. m.

[27]) Jeroschewitz S. 106/07; v. Tuhr II 1 § 48 I 1 c; derselbe II 2 § 84 VII; Cosack (Mitteis) § 6 S. 24; vgl. Biermann zu § 854 S. 14.

hören auch die Fälle, in denen z. B. das leitende Hauspersonal über einzelne Haushaltungsgegenstände verfügen kann. Es bleibt Besitzdiener, doch ist es in gewissen Grenzen bevollmächtigt, den Besitzaufgabewillen des Besitzherrn zu äußern.

Die Zulässigkeit der entsprechenden Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze erscheint aus gleichen Gründen fernerhin geboten auf die Zustimmungserklärung im Sinne des § 858 BGB. Sie ist auch begrifflich unbedenklich, weil die Zustimmung ja nichts anderes ist als die nachträgliche Äußerung des Besitzübertragungswillens.

4. Daß auch die Auslegungsregel des § 133 und der Grundsatz des § 157 BGB. auf die Erfassung des Besitzaufgabewillens Anwendung finden, dürfte unbestritten sein[28]). Nach den Motiven[29]) soll der heutige Geschäftsverkehr von der Rücksicht auf Treu und Glauben erfüllt werden. Man läßt die für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätze der §§ 133, 157 BGB. selbst für die Auslegung von Gesetzen gelten[30]); ferner für die der Satzungen von Vereinen, Handelsgesellschaften und Genossenschaften[31]); schließlich finden sie Anwendung bei gerichtlichen Pfändungsbeschlüssen[32]), obwohl es sich hier nirgendwo um rechtsgeschäftliche Erklärungen handelt. Daher darf man keine Bedenken tragen, sie auch da anzuwenden, wo es sich um Willensmitteilungen, insbesondere um den Besitzaufgabewillen handelt[33]).

5. Alsdann ist in diesem Zusammenhange zu untersuchen, ob der Besitzübertragungswille eine Bedingung oder Befristung zuläßt.

Schon Zitelmann[34]) hat hervorgehoben, daß Bedingungen und Befristungen im Sinne der §§ 158 ff. BGB. bei den Mitteilungen nicht möglich sind. Sie sind es vielmehr nur da, wo der Handelnde die rechtlichen Wirkungen seines Handelns frei bestimmen kann. Da die Willens-

---

[28]) So auch Klein S. 168.

[29]) Motive II S. 198.

[30]) RG. 89 S. 187 f.

[31]) RG. 101 S. 246 ff.

[32]) RG. 75 S. 317.

[33]) Dazu auch Manigk, Artikel „Auslegung" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaften.

[34]) a. a. O. S. 34.

mitteilungen sich aber lediglich in der Vermittlung der Kenntnis vom Willen des Anzeigenden erschöpfen und ihre Rechtsfolgen ex lege eintreten, so ist es bei ihnen nicht möglich, den Eintritt ihrer Rechtsfolgen von einer Bedingung oder Befristung nach Analogie der §§ 158 ff. BGB. abhängig zu machen [35]).

Es fragt sich, ob beim Besitzübertragungswillen dennoch der als gewollt kundgegebene Gegenstand von Zeit und Umständen oder dem Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht werden kann, z. B. davon, daß ein bestimmtes Ereignis eintritt, oder die Handlung nur dann vorzunehmen ist, wenn X zustimmt usw. [36]). Das hängt davon ab, ob das Gesetz im Einzelfall „von der Schaffung einer alsbald klaren Sachlage" [37]) ausgeht oder ob es sonst einem solchen Gedanken widerspricht.

Im Hinblick darauf ist die Zulassung einer „tatsächlichen" Bedingung oder Befristung nur in den Fällen des § 854 Abs. 2 BGB. möglich und auch hier nur dann, wenn deren Eintritt bis zu dem Zeitpunkt erfolgt ist, in welchem der Besitzerwerber die tatsächliche unmittelbare Sachgewalt noch nicht erlangt hat [38]).

In allen anderen Fällen würde nämlich die Zulassung einer Bedingung oder Befristung dem Zweck des Besitzinstituts zuwiderlaufen und zu unvereinbaren Gegensätzen mit dem Gesetz führen. Dann wäre es z. B. möglich, den im Fahrnisrecht verankerten Grundsatz des gutgläubigen Eigentumserwerbs einfach zu umgehen: Hat z. B. der Vermieter dem Mieter die Sache übergeben, und veräußert dieser sie ohne den Willen des Vermieters, so kann ein Dritter gutgläubig daran Eigentum erwerben. Es würde nun gewiß gegen Sinn und Zweck der §§ 932 ff. BGB. verstoßen, wenn man zuließe, daß der Vermieter seinen Inhabungswillen nur unter der Bedingung aufgibt, daß der Mieter die Sache nicht

---

35) So auch Klein S. 23; Manigk II S. 742.

36) Vgl. Klein, „Anzeigepflicht" S. 53 f.

37) Manigk II S. 742.

38) Berechtigte Bedenken äußert das Reichsgericht hinsichtlich der Zulässigkeit von Bedingungen bei der Mahnung; diese können aber außer Betracht bleiben, weil hier dem Erwerber nichts zugemutet wird, was wider Treu und Glauben verstößt (RG. 75 S. 335). Zutreffend Enneccerus I 1 § 182 Note 17.

weiterveräußert. Würde der Mieter sie dann dennoch veräußern, und fiele damit der Besitzübertragungswille des Vermieters mit rückwirkender Kraft weg, so wäre die Sache abhanden gekommen, könnte also von Dritten nicht gutgläubig zu Eigentum erworben werden. Dies würde einer Umgehung des in den §§ 932 ff. gesetzlich anerkannten Prinzips in einer Weise Tür und Tor öffnen, wie sie vom Gesetz nicht beabsichtigt sein kann. Deshalb ist die Zulassung solcher Bedingungen und Befristungen des Besitzaufgabewillens ausgeschlossen, deren Eintritt nicht spätestens bis zu dem Zeitpunkt erfolgt, in welchem der Erwerber die tatsächliche Gewalt erlangt.

In den Fällen aber, in denen der Zulassung von Bedingungen und Befristungen in bezug auf den (beim Besitzübertragungswillen) als gewollt kundgegebenen Gegenstand nichts mehr im Wege steht, ist fernerhin zu beachten, daß es sich dabei nur um aufschiebende Bedingungen handeln kann. Eine „tatsächliche" Bedingung nach Art der Resolutivbedingung ist m. E. ebenfalls mit dem Wesen des Besitzinstituts unvereinbar.

Als weitere Voraussetzung ist in solchen Fällen zu beachten, daß auch alle übrigen Erfordernisse des § 854 Abs. 2 BGB. zur Zeit des Eintritts der Bedingung bzw. der Befristung vorliegen. A kann z. B. mit B vereinbaren, daß sowohl Eigentum wie Besitz einer frei auf dem Felde stehenden Sache von A auf B übergehen soll, falls etwas Bestimmtes eintritt. Hat nun A in der Zwischenzeit den Besitz der Sache dem gutgläubigen C verschafft, so wird analog § 161 Abs. 3 BGB. der C fehlerfreier Besitzer, und der Besitzerwerb des B wird unmöglich. Das gleiche würde der Fall sein, wenn C sich sonst in irgendeiner Weise in der Zwischenzeit des Besitzes bemächtigt hätte. — Würde anderseits B bereits vor Eintritt der vereinbarten „Beendigung" bzw. des Fristablaufes die tatsächliche Gewalt ergreifen, so würde er fehlerhaften Besitz erwerben; die Sache wäre dem A gegenüber als abhanden gekommen anzusehen, weil sie dann ohne dessen Willen in Besitz genommen worden wäre.

Auch die Erteilung der „Zustimmung" im Sinne des § 858 BGB. ist unter den gleichen Voraussetzungen unter einer „tatsächlichen" Bedingung möglich[39]). (Über den ähnlich liegenden Fall der Verzeihung siehe bei Klein S. 126 ff., insbesondere S. 128.)

[39]) Begründung wie oben S. 22 zu 3. a. E.

III. Die „subjektiven“ Voraussetzungen.

§ 9.

Die Regelung im BGB.

1. Bei den bisherigen Erörterungen sind wir davon ausgegangen, daß der Eigentümer grundsätzlich auch den unmittelbaren Besitz, die Inhabung, der Fahrnis selbst inne hat[1]). Im folgenden sollen die Fälle untersucht werden, bei denen Eigentum und Inhabung nicht in ein und derselben Person begründet sind. Der Eigentümer A gibt z. B. eine Sache leihweise an B. Dieser wird unmittelbarer Besitzer, der A mittelbarer (§ 868 BGB.). Veräußert und übergibt B gegen den Willen des A darauf die Sache einem gutgläubigen Dritten, so erwirbt der Dritte nach § 932 BGB. das Eigentum an der von B unterschlagenen Sache. Das entspricht der heute allgemein vertretenen Ansicht[2]) und wird mit Recht aus § 935 Abs. 1 Satz 2 gefolgert. Diese Gesetzesstelle sagt zwar nicht etwa, daß die vom Besitzmittler unterschlagenen Sachen nicht als abhanden gekommen anzusehen sind, doch ergibt sich dies aus richtiger Auslegung des § 935 Abs. 1 wie folgt:

§ 935 Abs. 1 Satz 1 setzt voraus, daß eine Sache gerade dem Eigentümer abhanden gekommen sein muß, um gutgläubigen Eigentumserwerb auszuschließen. Diese Regelung trifft den Normalfall, den auch wir bisher ausschließlich behandelt haben, daß der Eigentümer gleichzeitig unmittelbarer Besitzer und alleiniger Gewahrsamsinhaber ist.

Für den Fall, daß ein Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 BGB. vorliegt, besagt Satz 2 von § 935 Abs. 1, daß die Sache nicht dem Eigentümer, sondern dem Besitzmittler abhanden gekommen sein muß, damit gutgläubiger Eigentumserwerb an ihr ausgeschlossen ist. Satz 2 regelt also keinen Ausnahmefall von Satz 1, sondern einen ganz anderen Fall. Das

---

1) Vgl. oben S. 14 Note 7.

2) Wolff § 69 I 2; Kober bei Staudinger zu § 935 Bem. I 2 bγ; Biermann zu § 935 Bem. 2 c; Cosack § 17 III 2 aγ; RG. Bd. 54 S. 68. (And. A. waren Binding a. a. O. und Kuhlenbeck zu § 935 Bem. 2 S. 97.)

geht auch schon aus seinem Wortlaut hervor, der nicht auf eine Einschränkung, sondern auf etwas Gleichwertiges hindeutet. Folglich ist in den Fällen des Satzes 2 von Abs. 1 seine eigene Regelung selbständig maßgebend. Es kommt hier für die Frage des Abhandenkommens nur auf den Besitzmittler an. Unterschlägt dieser, so ist, da sein Besitzübertragungswille vorliegt, die Sache im Sinne von § 935 nicht abhanden gekommen.

Neben den beiden Fällen, die Satz 1 und Satz 2 von § 935 Abs. 1 regeln, gibt es aber noch weitere, wenn auch weniger oft vorkommende Möglichkeiten. Diese hat das Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, wie es überhaupt nicht alle Fälle des Lebens besonders berücksichtigen konnte. Das Gesetz gibt uns entweder eine abstrakte Regelung, oder es regelt die wichtigsten praktischen Fälle, von denen aus man auf die Regelung anderer Fälle zu schließen hat. So auch hier. Das Gesetz berücksichtigt ausdrücklich im § 935 nur die beiden wichtigsten Fälle: In Satz 1 ist der Eigentümer unmittelbarer, in Satz 2 ist er mittelbarer Besitzer. Es sagt nicht ausdrücklich, wie eventuelle andere Fälle zu behandeln sind.

Unrichtig ist u. E. die Annahme, daß die Fälle, die weder zu Satz 1 noch zu Satz 2 von § 935 Abs. 1 BGB. gehören[3]), von der Sonderregelung des § 935 ausgeschlossen sein sollen. Da das Bürgerliche Gesetzbuch einmal den Grundgedanken der germanisch-rechtlichen Klage um entwerte Fahrnis wieder aufgenommen hat, so ist nicht einzusehen, weshalb es ihn nicht auf alle denkbaren Fälle anwenden will.

Der Gedanke, der den in § 935 BGB. ausdrücklich geregelten Fällen zugrunde liegt, ist also auch auf alle übrigen Fälle anzuwenden; er lautet etwa: Ist der Eigentümer nicht unmittelbarer Besitzer, so ist, was das Abhandenkommen anbetrifft, der Wille desjenigen maßgebend, der den Besitz mit dem Willen des Eigentümers erlangt hat.

Das germanische Recht hilft uns hierbei noch einen Schritt weiter: Im germanischen Recht kam es für die Frage, ob dem wahren Berechtigten die Klage um entwertete Fahrnis gegeben war oder nicht, lediglich darauf an, ob die Fahrnis ohne seinen Willen aus seiner Gewere in die

---

[3]) Wir besprechen diese unten S. 27 f.

eines anderen gelangt war[4]). Die Gewere aber ist das faktische Gewaltverhältnis über die Sache[5]). Eine Unterscheidung zwischen juristischem Besitz und Detention ist dem germanischen Recht unbekannt[6]). Ob im Einzelfalle tatsächliche Sachherrschaft vorlag, wurde aus bestimmten Anzeichen ein für allemal entschieden. So hatte an der Fahrnis Gewere, wer sie in seinem Gewahrsam hat[7]). Der Wille dessen, der die Fahrnis in seinem Gewahrsam hatte, war also im germanischen Recht für die Frage des Abhandenkommens maßgebend.

Diese Regelung des germanischen Rechts ist durch die §§ 932 ff., insbesondere § 935 in unser Recht übernommen worden; darüber lassen auch die Motive keinen Zweifel[8]). Sie ist daher, soweit das Bürgerliche Gesetzbuch schweigt, auch heute noch maßgebend[9]).

Danach würde der oben formulierte Grundgedanke des § 935 BGB. nunmehr lauten: Hat der Eigentümer nicht selbst den Gewahrsam inne, so kommt es hinsichtlich des Abhandenkommens auf den Willen desjenigen an, der den Gewahrsam mit Willen des Eigentümers erlangt hat.

Daher muß es auch in Fällen, in denen willentliche Besitzübertragungen vorliegen, in denen aber aus irgendwelchen Gründen keine Besitzmittlungsverhältnisse im Sinne des § 868 BGB. bestehen, für die Frage des Abhandenkommens auf den Willen dessen ankommen, der die Sache tatsächlich im Gewahrsam hat. Kommt diesem die Sache abhanden, so kann daran nicht gutgläubig Eigentum erworben werden. Das entspricht einer konsequenten Durchführung des im Gesetz verankerten germanisch-rechtlichen Gedankens.

---

4) Vgl. Planitz S. 74 § 55 I 2; Meyer I S. 9 ff.

5) Meyer I S. 1 ff. mit Angaben.

6) Wolff § 4 I 1.

7) Wolff a. a. O.

8) Haidlen II S. 159.

9) Gleicher Ansicht Oertmann S. 581 Note 16, wo er in diesem Zusammenhang ausdrücklich den Begriff Besitz ablehnt und an seine Stelle den Gewahrsam, das rein körperliche Herrschaftsverhältnis setzt. Vgl. hierzu den Entwurf I. Lesung, in dem auch nicht der Begriff „Besitz", sondern „Inhabung" gebraucht wurde. Lediglich weil sich viele an diesem angeblich „römischen" Wort stießen, änderte man die Wortfassung des Gesetzes.

Hiernach aber ist der Meinungsstreit zu entscheiden, der zwischen M. Wolff[10]) und Brodmann[11]) bezüglich solcher Sachen besteht, an denen der Eigentümer weder unmittelbaren noch mittelbaren Besitz hat. Wolff bringt u. a. folgende Beispiele:

Der veräußernde Eigentümer hat die Übereignung erfolgreich angefochten. Der Verwahrer veräußert die Sache an einen Unredlichen.

Falls diese Sachen den Besitzern ohne ihren Willen fortkommen, liegt nach Wolff Abhandenkommen im Sinne von § 935 BGB. vor, so daß der Eigentümer auch gegen gutgläubige spätere Erwerber vindizieren kann. Brodmann widerspricht dem, weil dies mit dem Wortlaut des § 935 nicht vereinbar sei[12]).

M. E. hat Wolff recht. Die jeweiligen Besitzer in obigen Beispielen haben die Sachen mit Willen der Vorbesitzer in Gewahrsam. Die Vorbesitzer sind entweder Eigentümer oder haben die Sache wiederum mit Willen der Eigentümer in ihrem Gewahrsam. Kommen ihnen die Sachen abhanden, so kann gutgläubig daran kein Eigentum erworben werden, weil der in allen Fällen erforderliche Besitzaufgabewille nicht vorhanden ist.

In Fällen, in denen der Oberbesitz mehrfach vermittelt wird, z. B. A leiht eine Sache dem B, dieser wiederum dem C, kommt es für die Frage des Abhandenkommens auf den Willen des letzten Besitzmittlers an, also des Besitzmittlers, der die Sache tatsächlich in Gewahrsam hat (argumentum aus § 935 Abs. 1)[13]).

---

2. Zusammenfassend läßt sich folgendes sagen:

Eine Sache ist dann abhanden gekommen im Sinne des § 935

---

[10]) a. a. O. § 69 I 2.

[11]) bei Planck zu § 935 Bem. 4.

[12]) Daß man aber gerade auf Grund des Wortlauts des § 935 auch zu anderen Ergebnissen kommen kann, und zwar u. E. sogar kommen muß, haben wir oben S. 25 ff., insbes. S. 27 a. A. gezeigt.

[13]) So auch bei Staudinger zu § 935 Bem. I 3 a.

BGB., wenn sie ohne Willen des Berechtigten aus dessen Gewahrsam gelangt[14]). Berechtigt aber ist der Eigentümer der Sache bzw. der letzte Inhaber, der sie auf Grund einer bis auf den Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger zurückgehenden zusammenhängenden Kette von willentlichen Übertragungen in Gewahrsam hat[15]).

§ 10.

Der Fall der Besitzdienerschaft.

In diesem Zusammenhang wollen wir auch prüfen, ob es für den Fall, in dem ein Besitzdiener die tatsächliche Gewalt für seinen Besitzherrn ausübt, für die Frage des Abhandenkommens auf den Willen des Besitzdieners oder des Besitzherrn ankommt.

Nach allgemein vertretener Ansicht[1]) kommt es nur darauf an, ob die Sache mit oder ohne Willen des Besitz*herrn* in den Gewahrsam eines andern gelangt. Doch hat man über diese Frage nicht immer so geurteilt. Entgegengesetzter Ansicht, daß es nämlich in diesen Fällen zuweilen nur auf den Willen des Besitzdieners ankomme, war *Crome*[2]); ähnlich auch *Cosack* bis zur 4. Auflage[3]). Diese Ansicht vermochte sich jedoch nicht zu halten. Sie ist schließlich selbst von *Cosack* wiederaufgegeben[4]), weil „hier ja stets verbotene Eigenmacht vorliege". Dies Argument greift aber nicht durch. Verbotene Eigenmacht liegt vor, sobald der Besitzdiener sich unbefugt als Eigenbesitzer aufspielt[5]). Dieser Eigenbesitz des Besitzdieners ist fehlerhaft. Nach § 858 Abs. 2 wirkt die Fehlerhaftigkeit aber nicht mehr gegen den gutgläubigen Besitznachfolger! Das ist also kein Argument gegen die aufgegebene Ansicht.

---

[14]) Hat der Eigentümer die Sache nie in Gewahrsam gehabt, z. B. wie in § 984 BGB., so kann sie ihm auch nicht abhanden kommen.

[15]) „Willentlich" bedeutet: mit Willen des letzten Inhabers. Dieser Wille ist nicht rechtsgeschäftlicher Natur; Näheres darüber siehe oben §§ 5 ff.

[1]) *Staudinger* I 2 b γ; *Biermann* zu § 935 Bem. 2 c; *Gierke*, Fahrnisbesitz S. 25 Note 13; RG. in Bd. 71 S. 248 ff., Bd. 106 S. 6; OLG. 34 S. 182 ff., 39 S. 225.

[2]) a. a. O. § 380 S. 211 und Note 28.

[3]) II § 198 Note 8 (1904!).

[4]) 7./8. Aufl. § 17 III 2 a γ.

[5]) Vgl. darüber RGRKomm. § 855 Bem. 2.

Die heute herrschende Ansicht glaubt sich unmittelbar auf das Gesetz stützen zu können, welches in § 855 BGB. ausdrücklich sagt, daß nur der Besitzherr, nicht der Besitzdiener „Besitzer" ist. So sehr dies letztere auch stimmt, kommt es aber, wie wir bei der geschichtlichen Betrachtung sahen, für die Frage des Abhandenkommens nicht gerade auf den Willen dessen an, den unser Gesetz „Besitzer" nennt; vielmehr lediglich darauf, ob der betreffende Inhaber der tatsächlichen Gewalt den Gewahrsam mit Willen des Berechtigten erlangt hat oder nicht. Der Besitzdiener aber hat den Gewahrsam mit Willen des Berechtigten inne. Die Ausdrucksweise des § 855 BGB., der Besitzdiener habe keinen Besitz, ist u. E. nur deshalb gewählt, um dem durch das soziale Abhängigkeitsverhältnis schon gegebenen Umstand Rechnung zu tragen, daß dem Besitz*diener* das wichtigste Rechtsschutzmittel des Besitzers, das Selbsthilferecht, nicht *gegen den Besitzherrn*, und daß ihm der gerichtliche Besitzesschutz *überhaupt* nicht zusteht (vgl. §§ 859 ff. BGB.). In Wirklichkeit ist die Inhabung des Besitzdieners, rein äußerlich betrachtet, keine andere als die des Besitzmittlers, wenn auch der Besitzdiener infolge seines sozialen Abhängigkeitsverhältnisses in vielen Fällen den Gewahrsam mit dem Besitzherrn teilt. Hat aber der Besitzdiener im Einzelfalle entsprechend dem Willen des Besitzherrn den Alleingewahrsam inne[6]), so liegt damit auf Seiten des Besitzherrn derselbe Wille vor, der auch in § 858 Abs. 1 gemeint ist und dessen Vorliegen ein Abhandenkommen ausschließt[7]). Es ist daher nicht einzusehen, weshalb auf solche Besitzdiener der Satz „Hand wahre Hand" nicht Anwendung finden soll[8]). Insbesondere ist der Einwand zurückzuweisen, der Besitzdiener übe den Besitz lediglich als Stellvertreter für seinen Besitzherrn aus, deshalb komme es hinsichtlich des erforderlichen Aufgabewillens nicht auf den Willen des über den Rahmen seiner Vollmacht hinaus handelnden Vertreters an. Das stimmt nicht. Denn selbst wenn man — wie oben in § 8 „3" geschehen — eine Stellvertretung analog §§ 164 ff. BGB. beim Besitzübertragungswillen zuläßt, so

---

[6]) Nur diese Fälle interessieren hier.

[7]) Daran vermag § 855 BGB. nichts zu ändern!

[8]) Das meint auch *Cosack* 4. Aufl. a. a. O.

[9]) In den Fällen, in denen der Besitzdiener nur Mitgewahrsam hat, kann der Besitzherr den Besitzdiener bevollmächtigen, seinen Besitzaufgabewillen

kommt sie praktisch doch nur in Frage in den hier außer acht gelassenen Fällen, in welchen Besitzherr und Besitzdiener Mitgewahrsam haben[9]).

In den Fällen aber, die wir hier betrachten, hat der Besitzdiener bereits den Alleingewahrsam. Daher ist eine Vollmacht in bezug auf den Besitzübertragungswillen des Besitzherrn gar nicht mehr erforderlich und möglich, weil der Besitzherr diesen Willen ja schon bei der Einräumung des Alleingewahrsams dem Besitzdiener gegenüber geäußert hat. Der Besitzdiener kann daher die Sache, wenn er sie nun unterschlägt, dem Besitzherrn nicht mehr „unfreiwillig entziehen", so daß sie dem Besitzherrn gegenüber als abhanden gekommen anzusehen wäre. Daher ist gutgläubiger Eigentumserwerb an solchen Sachen möglich.

In den Kommentaren[10]) findet sich für die heutige herrschende Ansicht u. a. die Begründung, daß im germanischen Recht selbst der Satz Hand wahre Hand versagt hätte, falls die Fahrnis ohne Wissen des Hausherrn von Familienmitgliedern und vom Gesinde „abgetragen", d. h. unbefugt veräußert wurde. Da dies nicht geleugnet werden kann[11]), so liegt es nahe, daß man zur Begründung der hier bekämpften Ansicht, der Satz „Hand wahre Hand" könne auf den Besitzdiener nicht angewandt werden, die obigen Beispiele des germanischen Rechts anführt, die ja noch heute wichtige Fälle der Besitzdienerschaft sind. So lesen wir bei Staudinger anläßlich der Begründung jener Ansicht: „Dies war schon die Auffassung des alten deutschen Rechts hinsichtlich des Gesindes." Wenn wir aber Bezug nehmen auf irgend etwas, so dürfen wir nicht nur die bloße Tatsache als solche betrachten, sondern diese immer nur in Verbindung mit ihrer Ratio. Diese war aber im germanischen Recht eine

---

Dritten gegenüber zu äußern (siehe oben § 8 „4"). Dieser darf aber — wie wir oben § 8 „5" gesehen haben — in keiner Weise bedingt sein. Ist nun der Besitzdiener, der nur Mitgewahrsam hat, bevollmächtigt, den (restlichen) Besitzaufgabewillen des Besitzherrn Dritten gegenüber zu äußern, so kann alsdann vom Besitzdiener fehlerfreier Besitz übertragen werden. Liegt allerdings bei Mitgewahrsam keine solche Vollmacht vor, und überträgt der Besitzdiener dennoch den Besitz auf andere, so ist die so übertragene Sache dem Besitzherrn abhanden gekommen.

10) Z. B. Kober bei Staudinger zu § 935 Bem. I 2 b γ.

11) Siehe Meyer I S. 57 ff.; vgl. dazu auch Merk a. a. O. Heft 1 S. 94 zu Note 6.

ganz andere als die, die unsere Gegner ihr vielleicht stillschweigend unterstellen: Abgesehen von dem unfreien Gesinde, das geschäftsunfähig war und ganz in der Gewere des Herrn stand[12]), befanden sich auch das freie Gesinde und die Familienangehörigen des Hausherrn unter dessen „Munt"[13]); sie waren in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt; daher hatten sie die Gewere weder an ihrem eignen Gut inne, noch an dem ihres Herrn, soweit dieses ihnen anvertraut war, und konnten sie deshalb auch nicht auf andere übertragen. Der Herr übertrug durch Hingabe des Gutes an seine Hausgenossen gar keine Gewere, vielmehr erstreckt sich seine Gewere über Hof und Haus und alles, was dazu gehört.

Heute kennen wir nicht mehr derartige Rechtsverhältnisse, heute sind alle volljährigen Dienstboten usw. in der Regel voll geschäfts- und verfügungsfähig. Deshalb dürfen wir mutatis mutandis diese Tatsachen heute nicht mehr zur Begründung heranziehen.

Selbst wenn in einzelnen deutschen Partikularrechten später — also nach Aufhebung der Munt — das durch Hausgenossen „abgetragene" Gut von dem Satze Hand wahre Hand ausgeschlossen blieb, so geschah das einfach in Anlehnung an frühere Zustände. Davor aber ist zu warnen, das geschichtlich Gewordene nur der Geschichte zuliebe oder unbewußt nur aus alter Gewohnheit aufrechtzuerhalten, ohne daß die alte Ratio noch gegeben oder eine neue an ihre Stelle getreten ist.

Daher ist auch einer etwaigen Ansicht, die bisherige Behandlung der von Besitzdienern veruntreuten Sachen sei nunmehr gewohnheitsrechtlich begründet, entschieden entgegenzutreten. Haben wir einmal den Inhalt des Satzes „Hand wahre Hand" in unser Recht aufgenommen, so müssen wir ihn auch folgerichtig durchführen, sofern nicht besondere Gründe dagegen sprechen. Solche sind aber nicht ersichtlich.

Hat daher der Besitzdiener die Sache mit Willen des Besitzherrn in Allgemeinwahrsam, oder ist er — falls er mit dem Besitzherrn den Gewahrsam teilt — bevollmächtigt, den Besitzaufgabewillen des Besitzherrn Dritten gegenüber zu äußern, so kann er, auch ohne dazu befugt zu sein (Unterschlagen!), Gutgläubigen jederzeit Eigentum an der Sache verschaffen: § 935 BGB. trifft für diese Fälle nicht zu.

---

12) Meyer I S. 62 f.

13) Meyer I S. 64.

Lebenslauf.

Ich, Eduard Koenig, wurde am 9. Januar 1907 geboren in Rölsdorf, Reg.-Bez. Aachen, als Sohn des Kaufmanns Eduard Koenig und seiner verstorbenen Ehefrau Maria geb. Hannemann. Nach 3½jährigem Volksschul- und 6½jährigem Realgymnasialbesuch in Düren (Rhld.) erhielt ich nach weiterem 2 jährigen Besuch des Realgymnasiums zu Bielefeld dort am 18. Februar 1925 das Reifezeugnis. Im Herbst 1925 bezog ich als Studierender der Rechtwissenschaften die Universität Würzburg. Im Winter 1927/28 siedelte ich von dort nach München für ein Semester über, in den drei folgenden restlichen Semestern studierte ich an der Universität Marburg a. d. Lahn. Beim Oberlandesgericht in Kassel bestand ich am 14. Dezember 1929 die erste juristische Staatsprüfung und bin seit Ernennung zum Referendar beim Amtsgericht in Monschau (Eifel) tätig. Am 3. Juni 1930 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.

Die vorliegende Dissertation ist aus einem Referat hervorgegangen, das ich im Sommersemester 1929 im Zivilistischen Seminar des Herrn Geheimrat Professor Dr. Manigk hielt. Für die Anregung und weitgehende Unterstützung sage ich auch an dieser Stelle Herrn Geheimrat gehorsamsten Dank.